



## **Panorama do direito constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização**

**Autora: Denise Dias de Castro Bins**

Juíza Federal Substituta, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Ufrgs

publicado em 30.10.2013

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

### **Resumo**

O direito à saúde foi consagrado como direito fundamental na Constituição de 1988, em conceito amplo, embora não suficientemente detalhado, abrangendo promoção, proteção e recuperação e gerando dever fundamental de implementação ao particular e ao Estado de forma defensiva e prestacional. A implementação, pelo Estado, deu-se pelo Sistema Único de Saúde, garantia institucional com abrangência compatível, regulamentada pelas Leis 8.080 e 8.032, permeada pelos princípios de unidade, universalidade, igualdade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação e financiada pela vinculação da receita de impostos dos entes federados, hoje disciplinada pela Lei Complementar 141. Apesar da regulamentação do SUS, não sendo perfeito o acesso à saúde, verifica-se a busca judicial de garantia do direito, a qual, conquanto inicialmente não aceita, passou por alargamento de análise e concessão e apenas mais recentemente começou a ser analisada de forma mais criteriosa e coletiva, frente ao risco causado à estabilidade e à sustentabilidade do Sistema. Houve mudanças de paradigmas e evolução jurisprudencial, de forma a atuar o Judiciário como ator colaborativo na concretização do direito, com bons resultados já colhidos, mas ainda com muitas dúvidas e embates a serem travados para compatibilizar o direito à escassez de recursos e ao seu caráter universal.

**Sumário:** Introdução. 1 A saúde como direito e dever social fundamental. 1.1 Consagração constitucional do direito à saúde e seu regime jusfundamental. 1.2 Conteúdo do direito à saúde. 1.3 Dever fundamental de proteção, promoção e recuperação da saúde. 2 A concretização do direito e do acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde. 2.1 Proteção constitucional e regulamentação do Sistema Único de Saúde. 2.2 Conceito, objetivos e princípios do Sistema Único de Saúde. 2.3 Financiamento do Sistema Único de Saúde. 3 Judicialização do acesso à saúde: evolução, perspectivas e desafios. 3.1 Contextualização e início da judicialização da saúde. 3.2 Evolução da judicialização da saúde. 3.3 Desafios e perspectivas no acesso à saúde por meio do Poder Judiciário. Conclusão. Referências bibliográficas.

**Palavras-chave:** Saúde. Direito fundamental. SUS. Medicamento. Tratamento. Judicialização. Reserva do possível.

### **Introdução**

A saúde é essencial para a vida e a sobrevivência do ser humano. Em tempos de judicialização de inúmeros conflitos, de busca da garantia e densificação dos direitos por meio do Poder Judiciário e de intensa evolução tecnológica, assume relevância a questão do reconhecimento de um direito à saúde, de seu caráter fundamental, de sua concretização por meio do Sistema Único de Saúde e de sua discussão na via judicial.

No intuito de apresentar um panorama evolutivo e atual sobre tais pontos no ordenamento jurídico brasileiro, discorrer-se-á, no presente artigo, inicialmente,

a respeito da saúde como efetivo direito fundamental, analisando-se sua consagração como tal, na Constituição de 1988, bem como seu conteúdo amplo e a geração, daí decorrente, do dever fundamental de sua promoção, proteção e recuperação.

Em um segundo momento, analisar-se-á a concretização do direito e do acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, verificando-se a proteção constitucional e a regulamentação de tal Sistema, o seu conceito, os seus objetivos e os seus princípios e, a seguir, o seu financiamento.

Finalmente, abordar-se-á o tema específico da judicialização do acesso à saúde, realizando-se uma inicial contextualização sobre o tema e seus primórdios, relatando-se a sua evolução e, finalmente, tecendo-se algumas considerações sobre os desafios e as perspectivas no acesso à saúde por meio do Poder Judiciário.

## **1 A saúde como direito e dever social fundamental**

### **1.1 Consagração constitucional do direito à saúde e seu regime jusfundamental**

Até 1988, a proteção constitucional do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” da Constituição de 1824<sup>(1)</sup> e a garantia de inviolabilidade do direito “à subsistência” da Constituição de 1934,<sup>(2)</sup> ou a normas indiretas, tais quais as de definição de competências entre os entes da Federação,<sup>(3)</sup> as de proteção à saúde do trabalhador e as de garantia de assistência social.<sup>(4)</sup>

A consagração expressa e direta de um direito fundamental à saúde, com contornos próprios, juntamente com a positivação de diversos outros direitos fundamentais sociais, é um dos marcos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), tendo o artigo 6º da Carta Magna passado a prevê-lo textualmente,<sup>(5)</sup> com detalhamento nos artigos 196 e seguintes e figuração também em outras previsões esparsas, como no âmbito do direito à educação<sup>(6)</sup> e no da proteção da família.<sup>(7)</sup>

Essa consagração se deu na linha do constitucionalismo de cunho democrático-social adotado nas constituições pós-Segunda Guerra Mundial e das exigências da comunidade internacional<sup>(8)</sup> e da sociedade brasileira,<sup>(9)</sup> operando-se a evolução e o aprimoramento dos sistemas de proteção anteriormente instituídos em nível ordinário.<sup>(10)</sup> Muitas das características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, inclusive, são reflexos desse processo, do que são exemplos: a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo a qual saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não a mera ausência de doença ou enfermidade;<sup>(11)</sup> o alargamento da tutela dada ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da garantia; a institucionalização de um sistema único, adiante explicitado, caracterizado pela descentralização e pela regionalização dos serviços e das ações de saúde; a garantia à universalidade dos serviços e das ações de saúde, alargando o acesso até então garantido apenas aos trabalhadores com vínculo formal e a seus beneficiários; a explicitação da relevância pública dos serviços e das ações de saúde.

Na linha do regime aplicável aos direitos e às garantias fundamentais assegurados pelo Texto Constitucional de 1988, o direito à saúde goza, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de dupla fundamentalidade, nos aspectos material e formal.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo bem explicam as duas faces desse caráter fundamental que lhe é atribuído:

“A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua

personalidade. Já a fundamentalidade formal decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais ('cláusulas pétreas') da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo artigo 5º da CF.”(12)

## 1.2 Conteúdo do direito à saúde

Nos termos do que define o artigo 196 da CRFB/1988:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Como se pode observar e segundo antes mencionado, o constituinte brasileiro adotou o conceito amplo de saúde já consagrado, pela OMS, desde 1948, e, nessa linha, incluiu, em seu conteúdo, não apenas ações de recuperação de doenças e moléstias, mas também de proteção e promoção do estado de bem-estar físico, mental e espiritual defendido – inclusive interligando o tema de saúde *stricto sensu* com os de saneamento básico, vigilância sanitária, alimentação, dentre outros.(13)

Como esclarece Maria Célia Delduque,(14) a recuperação da saúde está ligada à assistência e ao tratamento de doenças e agravos específicos e envolve ações e serviços de conteúdo médico, farmacêutico e hospitalar, de modo a propiciar um retorno ao estado de plena saúde do indivíduo; trata-se da dita saúde curativa, em que se deve assegurar aos indivíduos acesso aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou, pelo menos, uma sensível melhora na sua qualidade de vida com ela.

A proteção da saúde ou saúde preventiva refere-se à redução do risco de doença, por meio de ações antecipadas, de conteúdo sanitário e de interconexão com os campos da vigilância epidemiológica, da vigilância ambiental e da vigilância sanitária, voltadas a tornarem improvável o surgimento ou o progresso das moléstias.

Finalmente, a promoção da saúde diz com a implementação de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas.

É bem verdade que tal categorização não esgota os debates a respeito do conteúdo efetivamente assegurado pelo direito constitucional à saúde, o que, ao contrário, é um dos pontos mais intrincados do tema – sendo a pouca especificidade do Texto Constitucional, que confere o direito em questão de forma genérica,(15) uma das principais causas a fomentar sua judicialização, como adiante será tratado. De toda sorte, os pontos da promoção, da prevenção e da recuperação da saúde prestam-se a dar ideia da dimensão ampla de garantia que o constituinte buscou atribuir a tal direito, bem assim a especificar os deveres fundamentais por ele gerados.

## 1.3 Dever fundamental de proteção, promoção e recuperação da saúde

O direito à saúde, gerando um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, cria também deveres fundamentais às pessoas responsáveis por sua implementação. O artigo 196 da Carta de 1988, atrás transcrito, é claro a respeito do dever do Estado (*lato sensu*) quanto à saúde.

Na linha do que fazem Sarlet e Figueiredo,(16) é possível, para fins de estudo, dividir o “dever de saúde” imposto aos entes federados nas dimensões defensiva

e prestacional, sendo esta segunda passível de repartição entre os aspectos amplo e estrito. Nesse sentido, a dimensão defensiva consiste em impor o dever de proteção da saúde por meio de normas que protejam a vida, a integridade física, o meio ambiente etc. Por sua vez, a dimensão prestacional *lato sensu* se reflete na imposição do dever de promoção da saúde, mediante alocação de recursos orçamentários, garantia de acesso ao sistema, incentivo à adesão aos programas de saúde pública, participação da sociedade na tomada de decisões e controle das ações de saúde,<sup>9</sup> dentre outras medidas.<sup>(17)</sup> Finalmente, a dimensão prestacional *stricto sensu* diz com o dever de proporcionar atendimento aos pacientes, realização de consultas e exames, providência de internações, fornecimento de remédios, realização de vacinação.

Vale lembrar, contudo, que, como fundamental que é, o dever de proteção, promoção e recuperação da saúde também tem eficácia no âmbito privado, alcançando os indivíduos, as famílias, as empresas e a sociedade, como expressamente dispõe o § 2º do artigo 2º da Lei 8.080/1990.<sup>(18)</sup>

De qualquer forma, no âmbito público, estatal, objeto direto do presente trabalho, esse dever fundamental é concretizado por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS.

## **2 A concretização do direito e do acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde**

### **2.1 Proteção constitucional e regulamentação do Sistema Único de Saúde**

Segundo o artigo 198, *caput* e incisos, da Constituição de 1988:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade [...]” (destaque nosso)

O artigo 200 da CRFB/88 prevê as competências e atribuições, não restritivas, do Sistema, que refletem o caráter não simplesmente curativo, mas preventivo e protetivo, do direito à saúde em nosso ordenamento, tratando sobre o controle, a fiscalização e a produção de produtos relevantes para a saúde, inclusive alimentos e bebidas; a vigilância sanitária e epidemiológica; a atuação em saneamento básico e proteção do meio ambiente; a formação de recursos humanos na área; dentre outros.

O SUS, assim, estando previsto na Carta Magna, constitui uma garantia institucional fundamental da sociedade brasileira, submetendo-se à proteção estabelecida às demais normas fundamentais (inclusive no tocante à limitação material à reforma constitucional) e ao resguardo assegurado contra medidas de retrocesso em geral, não se podendo abolir ou esvaziar, formal ou substancialmente, inclusive quanto aos princípios em que se fundamenta, de forma constitucional, “pois que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva”.<sup>(19)</sup>

A regulamentação do Sistema se encontra, fundamentalmente, na Lei nº 8.080/1990, que amplia o leque de objetivos, princípios e diretrizes que o regem; distribui, à luz dos artigos 20 e seguintes da CRFB/88, as competências e as atribuições de gestão e execução entre os entes da Federação; dispõe sobre os serviços privados de assistência e sobre os subsistemas de atenção à saúde indígena, de atendimento e internação domiciliar e de acompanhamento durante o trabalho de parto, o parto e o pós-parto imediato;<sup>(20)</sup> rege a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde;<sup>(21)</sup> define objetivos e regras sobre os recursos humanos em saúde; e dá noções iniciais sobre o financiamento (detalhadas em emenda constitucional e lei complementar próprias, como a seguir visto).

Também há disposições relevantes na Lei nº 8.142/1990, que trata da participação de usuários, profissionais e políticos no SUS (especialmente regulamentando os Conselhos de Saúde), bem como das transferências intergovernamentais dos recursos de saúde; no Decreto nº 7.508/2011, atual regulamento do Sistema em nível infralegal; e na Lei Complementar nº 141/2012, que dispõe sobre o financiamento do SUS.

## 2.2 Conceito, objetivos e princípios do Sistema Único de Saúde

O artigo 4º da Lei nº 8.080/1990 define SUS como sendo “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, incluindo as “instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde” e permitindo a participação da iniciativa privada em caráter complementar.

Os objetivos do Sistema estão listados no artigo 5º do mesmo diploma, consistindo na identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; na formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do dever estatal de garantir a saúde, visando à redução de riscos de doenças e de outros agravos e mediante o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para tanto; e na assistência às pessoas, por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada de ações assistenciais e atividades preventivas.

Já o artigo 7º da lei em tela **(22)** consolida os princípios do Sistema, que devem permear sua atuação, para fazê-lo garantir os objetivos recém referidos, sendo os principais os princípios da unidade, da universalidade, da igualdade, da descentralização, da regionalização, da hierarquização, da integralidade de atendimento e da participação da comunidade.

Segundo o princípio da unidade, voltado à superação de males pré-Constituição de 1988, o sistema de saúde é único, devendo se pautar pelas mesmas políticas e diretrizes e pelo mesmo comando, o que se concretiza pela direção única em cada esfera de governo e pela formulação dos planos de saúde – que regulam, inclusive, o repasse de verbas – também em cada esfera, até o âmbito nacional, de forma ascendente, considerados os perfis epidemiológicos, demográficos e socioeconômicos de cada Município, Estado ou Região. **(23)**

O princípio da universalidade indica que o direito à saúde e o atendimento no SUS são devidos a todos, pelo só fato de serem pessoas, embora tal não impeça – ao contrário, recomende, em aplicação do princípio da igualdade – que sejam feitas diferenciações no tratamento de diferentes grupos e em diferentes regiões, em função de suas necessidades, de suas características e de seu perfil epidemiológico e na busca da redução das desigualdades regionais e da efetivação da justiça social, **(24)** vetores que, a propósito, influenciam inclusive na fixação dos percentuais de recursos a serem transferidos a cada ente, conforme disposto nos artigos 35 da Lei nº 8.080/1990 e 17 da Lei Complementar nº 141/2012, valendo transcrever o segundo dispositivo citado:

“O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do *caput* dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.”

A universalidade também se presta a caracterizar o direito à saúde como direito coletivo, ou mesmo, sob alguns aspectos, difuso. Cumpre observar que essa caracterização não permite, contudo, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, afastar a titularidade individual que ele apresenta, já que ligado à proteção da vida e da integridade, assim como à dignidade da pessoa humana individualmente caracterizada em suas peculiaridades – ponto

que será relevante, no que diz com a judicialização da saúde, na análise da possibilidade de demandas individuais visando a prestações específicas de saúde.

Por sua vez, a descentralização e a regionalização fazem com que as ações e os serviços de saúde possam se adequar ao perfil epidemiológico de cada local e dos diversos grupos, tendo como principais agentes concretizadores os Municípios, contando com a colaboração financiadora e, subsidiariamente, executiva, em diferentes proporções e de acordo com o nível de complexidade, dos Estados e da União. Sobre o tema, como antes referido, a Lei nº 8.080/1990 define as competências de cada ente, que são planejadas pelos Conselhos de Saúde e detalhadas e fixadas nas Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite.(25)

Já a hierarquização diz respeito à organização das ações e dos serviços de saúde, de forma articulada, em níveis de complexidade crescente, compondo a Rede de Atenção à Saúde, em que o cidadão ingressa pela “porta de entrada”(26) – que, de regra, são as unidades básicas de saúde ou as unidades de saúde da família, nas quais cerca de 80% das doenças e dos agravos são resolvidos,(27) ou, se for o caso, os serviços de atenção de urgência e emergência ou de atenção psicossocial ou especial de acesso aberto –, “ evoluindo” para atendimentos de maior complexidade, internações, cirurgias, de acordo com a necessidade.

A integralidade de atendimento, um dos princípios mais discutidos e controversos, determina que a cobertura oferecida pelo SUS deva ser a mais ampla possível.(28)

No âmbito da integralidade, talvez a matéria que suscite maiores controvérsias e disputas seja a assistência farmacêutica, que envolve a análise, o desenvolvimento, a produção, a aquisição, a dispensação e a avaliação de inúmeros medicamentos padronizados pelo Sistema, incluídos nos componentes básico, especializado e estratégico, afora os programas especiais.(29) Os medicamentos do componente básico se encontram listados na Relação Nacional de Medicamentos (Rename)(30) e em eventuais complementações estaduais e municipais decorrentes do perfil epidemiológico local, voltando-se para o atendimento dos agravos prevalentes e prioritários da Atenção Básica e sendo financiados por todos os entes(31) e dispensados pelos Municípios. Por sua vez, os medicamentos do componente especializado, que substituiu o componente de medicamentos de dispensação excepcional, voltam-se a assegurar a complementação do componente básico e a integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, conforme o estágio da doença, seguindo as linhas de cuidado definidas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs)(32) do Ministério da Saúde (que fixam critérios de diagnóstico, indicação de tratamento, inclusão e exclusão de pacientes, esquemas terapêuticos, monitoramento, acompanhamento e demais parâmetros) e sendo financiados, alguns, exclusivamente pela União, outros, exclusivamente pelos Estados, e outros ainda, pelos três entes conjuntamente. Já os medicamentos do componente estratégico são utilizados no tratamento de agravos específicos, agudos ou crônicos, com perfil endêmico e impacto socioeconômico (como Aids, tuberculose, hanseníase e outros), sendo repassados pela União aos Estados ou Municípios. Há, ainda, os fármacos adquiridos no âmbito de programas em que o Ministério da Saúde fixa valores para procedimentos na íntegra – como no tratamento do câncer por Unidades e Centros de Alta Complexidade em Oncologia (Unacons e Cacons), por exemplo, nos quais a indicação do medicamento fica a cargo do profissional, e sua aquisição, do hospital.(33)

Mas é importante reiterar que a integralidade do sistema não se resume nem se pode limitar à assistência farmacêutica, devendo ser vista de forma mais ampla, compreendendo – e priorizando – a prevenção e a promoção da saúde, com medidas de acolhimento integral dos pacientes (que, segundo o Decreto 7.508/2011, devem integrar a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – Renases)(34) e também atuação mais ampla em áreas como saneamento básico, vigilância sanitária, promoção do meio ambiente e outras.

Outrossim, a integralidade também pode ser vista como oposta à complementaridade que deve caracterizar a atuação do setor privado no âmbito da saúde.(35) Nesse viés, como esclarece Lenir Santos, não seria viável converter



o SUS em mero complemento à atividade privada, de modo que, ao invés de uma pessoa buscar todo o atendimento no Sistema, desde o mais básico, evoluindo pela Rede de Atenção, até as questões mais complexas e de acordo com os protocolos e as diretrizes terapêuticas, pudesse procurar atendimento e prescrição de tratamento no setor privado e se socorrer do sistema público apenas como “balcão de farmácia” ou complemento nos aspectos em que haja custos altos (procedimentos, medicamentos etc.).<sup>(36)</sup> Vale frisar que, não obstante dita interpretação não encontre unanimidade doutrinária e jurisprudencial, está, hoje, consagrada no decreto regulamentador do SUS.<sup>(37)</sup> muito embora possibilitando a ampliação do acesso à assistência farmacêutica pelos entes e pelo Ministério da Saúde.<sup>(38)</sup>

Finalmente, o princípio da participação da comunidade, que se dá de modo direto e indireto, é regulamentado, especialmente, pela Lei nº 8.142/1990 e abrange tanto a definição quanto o controle social das ações e políticas de saúde, por meio das Conferências de Saúde, dos Conselhos de Saúde e de órgãos de agências reguladoras como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

### 2.3 Financiamento do Sistema Único de Saúde

Resumidos os princípios e as noções básicas sobre o Sistema, resta tratar da questão de seu financiamento, antes de adentrar os problemas que geram e que são gerados pela judicialização do direito à saúde.

Sobre o tema, a Constituição de 1988, a despeito da regra geral de não vinculação da receita de impostos e outros ingressos dos Entes Públicos,<sup>(39)</sup> criou exceção, dada a relevância da matéria da saúde, prevendo, desde o ano 2000, com a Emenda Constitucional nº 29,<sup>(40)</sup> a edição de uma lei complementar para regulamentar os montantes mínimos de investimento dos entes na área da saúde.

Depois de mais de onze anos de espera, com tentativas de regulamentação esparsas, como a edição da Resolução nº 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde,<sup>(41)</sup> foi editada, no ano de 2012, a lei complementar em questão.<sup>(42)</sup> prevendo os valores e percentuais mínimos de investimento na área, o que pode ou não ser considerado no âmbito de tais investimentos, as formas de repasse de valores entre entes e as formas de fiscalização e penalização para o caso de descumprimento.

Em síntese, os valores e percentuais mínimos de aplicação em saúde, além dos eventualmente superiores previstos em constituições estaduais ou leis orgânicas municipais, foram definidos da forma que segue.

Para a União, o montante mínimo de investimento em saúde corresponde ao valor empenhado no exercício financeiro anterior (previsão da lei orçamentária anual mais créditos adicionais) acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto no ano anterior ao da lei orçamentária anual (sem redução, em caso de variação negativa).

Para os Estados, a quantia equivale a 12% de toda a arrecadação com Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, repasse federal de 100% do Imposto de Renda retido sobre valores pagos por entidades estaduais ou distritais, repasse federal de 20% sobre imposto eventualmente instituído pela União por lei complementar, repasse federal de 21,5% da arrecadação com Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados e repasse federal de 10% da arrecadação com Imposto sobre Produtos Industrializados proporcionalmente às exportações de tais produtos industrializados, tudo incluindo juros e multas e com a dedução das parcelas transferidas para os Municípios.

Finalmente, para os Municípios, o valor a ser aplicado é de 15% de toda a arrecadação com Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana, Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, repasse federal de 50% (ou 100%) do Imposto Territorial Rural, repasse federal de 100% do Imposto de Renda sobre valores pagos por entidades municipais, repasse estadual de 50% do Imposto sobre a Propriedade de Veículos

Automotores e 25% do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, repasse federal de 22,5% da arrecadação com Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados e repasse estadual de 20% sobre os 10% da arrecadação com Imposto sobre Produtos Industrializados repassados pela União, tudo incluindo juros e multas.

Para constarem em tais montantes obrigatórios, as despesas com ações e serviços públicos de saúde devem se voltar para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde; e atender, simultaneamente, aos princípios antes referidos da Lei nº 8.080/1990 e às diretrizes previstas nos incisos do artigo 2º da Lei Complementar, *verbis*:

I – sejam destinadas às ações e aos serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III – sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.”

Convém sublinhar que, na linha do conceito amplo do direito à saúde, o artigo 3º da Lei Complementar nº 141 permite considerar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos, despesas com ações e serviços públicos indiretamente relativos à saúde, como, por exemplo, a vigilância sanitária, a capacitação de recursos humanos do SUS, alguns casos de saneamento básico e manejo ambiental, dentre outros.(43) Entretanto, o diploma não permite estender de tal forma as despesas compreendidas no mínimo exigido de modo a nelas incluir aposentadorias e pensões, remuneração do pessoal ativo da saúde trabalhando em outras áreas, assistência à saúde sem caráter universal, assistência social, merenda escolar, saneamento básico, limpeza urbana, medidas ambientais em geral, obras de infraestrutura e ações e serviços custeados com recursos diversos dos previstos na lei ou vinculados a fundos específicos.(44)

O diploma de 2012 ainda disciplina algumas medidas de fiscalização e controle para procurar assegurar a efetivação do mínimo de investimentos em saúde aí previsto, ademais da possibilidade de intervenção federal e/ou estadual constitucionalmente consagrada,(45) tais como: a obrigatoriedade de o mínimo não aplicado em um exercício ser acrescido ao seguinte;(46) o condicionamento da entrega de repasses federais e estaduais gerais (artigo 160 da CRFB/88) e específicos da saúde (artigo 198 da CRFB/88) à comprovação de aplicação adicional do percentual mínimo que tenha deixado de ser aplicado no exercício anterior;(47) a fiscalização da aplicação pelo Poder Legislativo/Tribunal de Contas e pelos órgãos internos de auditoria do SUS;(48) a ciência da aplicação dos valores previstos em ações e serviços diversos ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público para responsabilização e devolução de valores ao Fundo de Saúde;(49) a obrigatoriedade de ampla divulgação das prestações de contas periódicas da área de saúde, inclusive em meios eletrônicos de acesso público;(50) a elaboração de relatório de gestão e o seu envio ao Conselho de Saúde para emissão de parecer conclusivo amplamente divulgado;(51) o acesso público ao Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde.(52)

### **3 Judicialização do acesso à saúde: evolução, perspectivas e desafios**

#### **3.1 Contextualização e início da judicialização da saúde**

A despeito de toda a regulamentação do Sistema Único de Saúde acima vista, inclusive, mais recentemente, a respeito da questão do financiamento, fato é que, infelizmente, o acesso não é perfeito e pleno, e os princípios de universalidade e integralidade, muitas vezes, não são concretizados.

Isso porque, de um lado, muitos entes não investem o que deveriam na área da saúde,(53) de forma que políticas públicas de saúde já previstas não são totalmente cumpridas (como o fornecimento de medicamentos padronizados pelo SUS, a implantação dos leitos necessários etc.), e outras que deveriam ser criadas e implementadas não o são.



De outro lado, a constante evolução da tecnologia apresenta sempre novos tratamentos, experimentais ou não, gerando novas demandas, que podem derivar de efetivas necessidades das pessoas, ou mesmo de “imposição” da indústria farmacêutica e da tendência de medicalização<sup>(54)</sup> presente na sociedade atual, ao passo que há uma dificuldade na análise e na incorporação ou rejeição rápida de tais novas tecnologias pelo SUS – o que motivou, a propósito, a inclusão de um novo capítulo sobre o tema, na Lei nº 8.080/1990, pela Lei nº 12.401/2011, mais adiante referida.

Tudo isso torna o Sistema insuficiente, no olhar da maior parte das pessoas, e direciona os indivíduos e as coletividades com demandas não atendidas, na via administrativa, em matéria de saúde, para o Poder Judiciário, fazendo surgir o que hoje se denomina a “judicialização da saúde”.

A possibilidade de busca direta de prestações de saúde com o Poder Judiciário não deixou de ser polêmica nos quase vinte e cinco anos com que já conta a Constituição de 1988.

Muito se discutiu acerca da “intervenção” do Judiciário em matéria ligada a políticas públicas, diante da legitimação popular dos governantes e legisladores e da separação dos Poderes, tendo a jurisprudência se mostrado, por décadas, tímida nesse sentido.

Outrossim, contra a condição do direito à saúde como direito subjetivo, oponível, individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares, inclusive em sua dimensão prestacional, muitos pontos foram levantados, especialmente, em um primeiro momento, quanto à redação aberta e ao caráter supostamente programático dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Todavia, a partir de meados da década de noventa e mais fortemente nos últimos quinze anos, a jurisprudência evoluiu para, sob a luz da força normativa da Constituição e de seus princípios,<sup>(55)</sup> entender as políticas públicas como perfeitamente sindicáveis – não, por óbvio, no mérito das escolhas políticas e na seleção de prioridades legítimas, que são inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo, mas justamente na legitimidade e na legalidade dessas escolhas à luz das regras e dos princípios consagrados na Constituição Federal, inclusive os de proporcionalidade e razoabilidade.

Especificamente quanto ao direito à saúde, a guinada se deu em ações debatendo o fornecimento de tratamento para portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Sida/Aids/HIV)<sup>(56)</sup> – política pública que já fora legalmente consagrada, em 1996,<sup>(57)</sup> mas que, por alguns anos, não foi integralmente cumprida pelos poderes públicos. Em *leading case* da época sobre o tema, decidiu o Ministro Celso de Mello, relator, em célebre consideração, que “A interpretação da norma programática [direito à saúde] não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, acolhendo os pleitos judiciais de concessão dos medicamentos necessários para o tratamento da moléstia.<sup>(58)</sup>

Daí passaram a surgir e a se multiplicar julgados tratando das mais diversas prestações – medicamentos padronizados ou não, tratamentos experimentais ou no exterior, internações, cirurgias, transplantes e outras medidas do gênero. Embora não se possa dizer que as decisões tenham sobrevivido com entendimentos uniformes ou gerais, o que se verificou, nesse momento, foi que, na maioria delas, como em algumas até hoje, a análise feita era praticamente só jurídica e individual – aplicando diretamente o direito à saúde, por força de seu regime jusfundamental, rejeitando as alegações (em sua maioria, genéricas e sem comprovação) de ausência de recursos e reserva do possível<sup>(59)</sup> e reconhecendo, em consequência, o dever de os entes públicos alcançarem a maioria das prestações e dos tratamentos pedidos, sem um aprofundamento das premissas e das consequências concretas dessas medidas e de sua influência na coletividade e no Sistema Único como um todo, tampouco na divisão de competências entre União, Estados e Municípios.

### 3.2 Evolução da judicialização da saúde

As decisões recém mencionadas, sob o aspecto teórico, não apresentavam

incorreção, sendo proferidas de acordo com o paradigma tradicional do Poder Judiciário, voltado à análise de casos concretos e individuais, bem como aos elementos trazidos aos autos<sup>(60)</sup> pelos autores e pelos próprios entes públicos, muitas vezes genéricos em relação ao caso concreto, ao tratamento postulado, a seus substitutivos e a outros detalhes, detidos apenas em alegações gerais sobre o direito à vida e à saúde, seu caráter fundamental e a reserva do possível.

Não obstante, com o passar do tempo e o incremento no número de ações sobre a matéria, a atuação judicial no âmbito das prestações públicas de saúde atingiu patamar tal que se tornou ponto de tensão na estabilidade e na sustentabilidade das políticas administrativamente planejadas e na própria organização do Sistema. Exemplificativamente, no ano de 2007, constatou-se que mais da metade do orçamento do Estado do Rio Grande do Sul estava sendo consumido por gastos com demandas judiciais,<sup>(61)</sup> o que, além de, obviamente, atrapalhar as políticas públicas, também desorganiza e encarece as prestações, que têm que ser obtidas com urgência por meio de dispensas de licitação e sem a redução de valores passível de obtenção pela aquisição de volume maior dos produtos.<sup>(62)</sup>

No mesmo contexto, aumentou-se a discussão sobre a interpretação do direito à saúde à luz de noções de justiça comutativa ou distributiva, questionando-se sobre o prejuízo criado pelas ordens judiciais para o atendimento de outras pessoas no âmbito do Sistema e o efetivo alcance do princípio da integralidade de atendimento.

Ainda se somou aos debates a verificação de fraudes perpetradas por meio de ações judiciais, em que poucos advogados buscavam, em nome de muitos pacientes, medicamentos não necessários ou excessivos, utilizando-se do dinheiro levantado para sua compra ou mesmo prejudicando a saúde dos pacientes pela ingestão de medicamentos descabidos ou excessivos.<sup>(63)</sup>

Diante de tais dados, do crescimento do volume de ações judiciais em matéria de saúde e do contato com os demais Poderes, a conscientização do Poder Judiciário, dos seus membros e da sua cúpula a respeito da influência da atuação judicial sobre o SUS e sobre a coletividade motivou uma nova mudança de paradigma e a busca por mais informações, dados e estudos, bem como por decisões mais consentâneas com a sistemática pública de atendimento à saúde.

Marco de tal momento histórico foi a convocação, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), da Audiência Pública nº 4, no ano de 2009, a fim de, diante das inúmeras suspensões de segurança e suspensões de tutela antecipada que chegavam à Presidência daquela Corte, bem como dos recursos extraordinários sobre a matéria, ouvir gestores do SUS, especialistas, profissionais da área da saúde e do direito, usuários e a sociedade como um todo a respeito da matéria, colhendo dados técnicos e opiniões jurídicas e leigas, buscando a fixação de parâmetros mais objetivos para a resolução de demandas judiciais em saúde, a ampliação do princípio da participação e a legitimação das decisões judiciais.<sup>(64)</sup>

Como resultado das frutíferas discussões e manifestações produzidas em tal audiência, adveio a fixação de uma posição mais crítica do STF sobre a exigibilidade do direito à saúde, pelo menos com a imposição de critérios técnicos e fáticos para a concessão de tratamentos requeridos e a valorização primeira das políticas já estabelecidas no âmbito do SUS, da medicina baseada em evidências, dos protocolos clínicos e das diretrizes terapêuticas.<sup>(65)</sup> Com efeito, fixou-se, a partir daí, um caminho a ser seguido na verificação do direito a medidas de saúde judicialmente postuladas, a fim de coadunar o direito fundamental à saúde, de análise e garantia inafastáveis do Poder Judiciário, e a necessidade de superação, na medida do possível, da interferência judicial desmedida no Sistema.

De acordo com tal posicionamento, é relevante, em um primeiro momento, verificar se a prestação pleiteada em juízo está ou não abrangida por política estatal já existente e simplesmente não cumprida pelo ente responsável: uma vez existindo a previsão administrativa de tal medida, o direito do postulante é evidente e deve ser concedido; se a resposta for negativa, deve-se analisar se a inexistência da política decorre de vedação legal (como a proscrição ao

fornecimento de medicamentos não registrados perante a Anvisa, por exemplo)(66) ou de omissão ou decisão de não fornecimento da medida ou do tratamento. Em havendo proibição de fornecimento, não há o direito postulado; em se tratando de omissão ou decisão administrativa de não dispensação, cumpre verificar se o Sistema fornece tratamento alternativo ou não tem qualquer tratamento específico para a patologia em debate. No caso de haver tratamento alternativo viável oferecido, deve ele ser adotado, em atenção aos protocolos clínicos e às diretrizes terapêuticas fixadas no Sistema, à luz da medicina baseada em evidências, sem o alcance da prestação alternativa postulada; do contrário, se o tratamento alternativo não for viável ao paciente (por ineficácia no caso concreto ou inadequação por razões específicas do organismo da pessoa, como geração de efeitos colaterais intoleráveis por concomitância de outra moléstia), ou se não houver opção prevista, cabe apreciar se o tratamento requerido é puramente experimental ou consiste em novo tratamento simplesmente ainda não incorporado pelo SUS. Na hipótese de medida experimental, o Estado não está obrigado ao seu fornecimento, cabendo observar, ademais, o dever do laboratório que eventualmente tenha fornecido o tratamento ao paciente por determinado período, para fins de teste, de manter dita dispensação gratuita; já em caso de o tratamento não ser meramente experimental, contar com registro na Anvisa e ser o único adequado e eficaz para o caso, a omissão pode ser objeto de impugnação judicial, individual ou coletiva, com ampla produção de provas.

O precedente que liderou a mudança de paradigma restou assim ementado:

“Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (*miglustat*). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.”(67)

Fora do âmbito estritamente jurisdicional, também o Conselho Nacional de Justiça passou a tomar medidas na tentativa de aprofundar os debates sobre o tema e sobre as formas mais adequadas de resolução das lides fundadas no direito à saúde, constituindo um grupo de trabalho(68) cujos estudos culminaram na aprovação da Recomendação nº 31/2010, que traça diretrizes aos tribunais, magistrados e operadores do Direito quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, nos seguintes termos:

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ, no uso de suas atribuições, [...] RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, com a Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria [...].”

Também foi instituído, pela Resolução nº 107/2010, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde, coordenado por um Comitê Executivo Nacional<sup>(69)</sup> e constituído por Comitês Estaduais, com a atribuição de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”.<sup>(70)</sup> Hoje, tal fórum trata também de saúde suplementar e ações resultantes das relações de consumo.

### **3.3 Desafios e perspectivas no acesso à saúde por meio do Poder Judiciário**

Enfim, tem-se buscado o aprimoramento da atuação judicial em matéria de saúde. Houve uma clara evolução na jurisprudência sobre o tema e na tentativa do Poder Judiciário de se colocar como ator colaborativo na concretização do direito fundamental à saúde, evitando interferir desarrazoadamente no sistema administrativamente estruturado, mas também impondo a sua implementação, em casos em que se entenda que a atuação se justifica, para o aprimoramento do SUS.

Afinal, como disse, por ocasião da Audiência Pública nº 4, o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão:

“[...] a via judicial bem educa o gestor omissor que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também [...] não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação acrítica, desorganizando a administração [...].”<sup>(71)</sup>

Pode-se citar, como um dos exemplos de aprimoramento do Sistema, que, conquanto não se deva exclusivamente à atuação judicial, certamente teve estímulo e reforço pelas decisões sobre a matéria a regulamentação legislativa da elaboração e alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e da incorporação de novas tecnologias pelo SUS, com a inclusão, na Lei nº 8.080/1990, do capítulo VIII, pela Lei nº 12.401/2011, tornando objetivos a forma e os critérios para tanto e dando prazo de cento e oitenta dias, prorrogáveis por mais noventa, ao Ministério da Saúde, por meio da nova Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, para decisão sobre os pedidos, que deve levar em consideração:

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.”<sup>(72)</sup>

Outro exemplo é a inclusão ou o aumento de repasses para viabilizar a dispensação de tratamentos e medicamentos reiteradamente buscados e concedidos judicialmente nos protocolos e nas previsões do SUS, tais como, em 2009, a do Rituximabe, para tratamento de artrite reumatóide, e, mais recentemente, a do Trastuzumabe, para tratamento de câncer de mama.(73)

Todavia, segue sendo um verdadeiro “quebra-cabeça”, para todos os atores envolvidos, contemporizar a eficácia imediata dos direitos sociais, a universalidade e a integralidade do sistema, a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, o embate entre medidas de prevenção e recuperação, a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da Federação e as desigualdades regionais.

Ainda há muitos desafios e pontos que pendem de discussão mais clara, ou mesmo merecem revisão de entendimento – o que se soma ao fato de que as posições e evoluções da jurisprudência e dos órgãos administrativos do Poder Judiciário (especialmente o CNJ) não são vinculantes, e, em função disso, sua aplicação e a tomada em consideração dos elementos aí destacados não é obrigatória e nem sempre ocorre.

Exemplos de temas controvertidos são o da necessidade ou não de atendimento, no âmbito do Sistema, para que o tratamento ou medicamento postulado seja por ele dispensado, bem como o de possibilidade de demanda de qualquer prestação de saúde em face de qualquer ente federado, independentemente da divisão legal e regulamentar de competências e atribuições (como tem admitido a jurisprudência majoritária, inclusive do STF, do que é exemplo a decisão paradigmática proferida na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175).

Também se põe em debate o conflito entre a visão de um só perito judicial e a do conjunto de profissionais do SUS que avaliam a incorporação de medicamentos e tecnologias, bem como a necessidade de informações técnicas – e a importância de treinamento e conscientização dos agentes do processo judicial, em especial procuradores e gestores públicos, sobre dita necessidade –, à luz da medicina baseada em evidências, com dados comparativos sobre o medicamento ou tratamento solicitado em relação a outros medicamentos/tratamentos, em especial nos aspectos do custo mensal, da melhora da qualidade de vida, do aumento da sobrevida, da eficácia, da segurança, dos efeitos colaterais, do estágio de pesquisa e de outras qualificações que indiquem cautela no seu uso enquanto não ultimadas pesquisas conclusivas.

De outro lado, é objeto de grandes discussões e não admite qualquer solução simplista a fixação do conceito do que seja um tratamento eficaz, que necessariamente deveria ser fornecido, no caso de suplantação dos óbices iniciais postos nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (tratamentos experimentais, não registrados na Anvisa, ou passíveis de substituição por outros alcançados por políticas públicas). A necessidade de escolhas trágicas, a insuficiência de verbas e a necessidade de aplicação da justiça distributiva e da ponderação coletiva dos custos dos direitos – sob pena de se sacrificarem os princípios da universalidade e da isonomia – põem em cheque a obrigatoriedade do fornecimento de prestações, por exemplo, voltadas para o curto prolongamento da sobrevida ou para a melhora da qualidade de vida (sem cura) e de outros tratamentos de valores muito elevados – e faz discutir inclusive a que patamares corresponderiam tais quantias –, ainda que inexistentes substitutos alcançados pelo SUS, diante da infinidade das necessidades em face da escassez de recursos.(74)(75)

Enfim, todos esses desafios só reforçam a necessidade de seguir avançando na questão da implementação do direito à saúde, de seu acesso e dos debates judiciais sobre o tema, destacando, especificamente na seara da judicialização, a importância de constante diálogo interdisciplinar e interinstitucional, para a colaboração entre os Poderes e as áreas do conhecimento e o aprimoramento conjunto desse Sistema, que hoje auxilia a implementar o direito à saúde de mais de 70% da população brasileira (130 milhões de brasileiros).(76)

## **Conclusão**

Em síntese, pode-se concluir que:

– O direito à saúde, antes reconhecido apenas na esfera internacional e legal e tangenciado nos textos constitucionais, foi consagrado, como direito social fundamental, nos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na linha do constitucionalismo democrático-social e das exigências da comunidade internacional e de movimentos da sociedade brasileira, passando a gozar da dupla fundamentalidade – formal e material – que é atribuída a tal categoria de direitos.

– O conceito de direito à saúde adotado na CRFB/88 foi amplo, contemplando a ideia de que saúde é completo estado de bem-estar físico, mental e espiritual, não apenas ausência de moléstia, razão porque abrangeu, em seu conteúdo, ainda que não especificando a ponto de evitar debates sobre sua abrangência, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

– A consagração do direito fundamental à saúde gerou um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, de modo a criar também deveres fundamentais às pessoas responsáveis por sua implementação, aí incluídos os particulares e, em especial, o Estado, a quem é atribuído tal dever nas dimensões defensiva, prestacional *lato sensu* e prestacional *stricto sensu*.

– O Estado se desincumbe de seu dever fundamental em relação à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, que constitui garantia institucional fundamental, goza de abrangência compatível com o conceito amplo de direito à saúde e se encontra regulado, principalmente, nas Leis nºs 8.080/1990 e 8.142/1990, no Decreto nº 7.508/2011 e na Lei Complementar nº 141/2012.

– O SUS se rege pelos princípios de unidade, universalidade, igualdade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade de atendimento e participação da comunidade e tem como objetivos a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do dever estatal de garantir a saúde, mediante o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário a tais ações e serviços; e a assistência às pessoas, com a realização integrada de ações assistenciais e atividades preventivas.

– O financiamento do SUS, dada sua relevância, dá-se, excepcionalmente, mediante a vinculação da receita de impostos, prevista pela Emenda Constitucional nº 29/2000 e regulamentada pela Lei Complementar nº 141/2012, que prevê os percentuais e as bases de cálculo dos valores a serem aplicados pelos entes federados, explicitando, ademais, o que pode e o que não pode ser considerado gasto com ações e serviços de saúde e instituindo medidas para assegurar o efetivo investimento das quantias previstas.

– Apesar de toda a regulamentação do SUS, o acesso à saúde, no contexto brasileiro, não é perfeito nem pleno, em função da falta de investimentos e da criação de novas demandas decorrentes do crescente desenvolvimento de tecnologias (em velocidade superior à sua apreciação e internalização pelo Poder Público) e da tendência de medicalização presente na sociedade, tendo levado os indivíduos e as coletividades a buscarem a implementação do direito à saúde perante o Poder Judiciário – o que, não obstante inicialmente negado, por insindicabilidade das políticas públicas e programaticidade das normas fundamentais, passou, a partir do final da década de noventa, a ser amplamente admitido e deferido, apenas com olhar individual e jurídico, majoritariamente sem considerações mais profundas sobre as consequências das medidas para a coletividade e sobre a escassez de recursos do Estado.

– Mais recentemente, diante do alto patamar atingido pelas demandas de saúde, erigidas a ponto de tensão na estabilidade e na sustentabilidade das políticas administrativamente planejadas e na própria organização do Sistema, bem como por força da introdução de debates de justiça distributiva e de eficácia das decisões sobre a comunidade e em virtude da verificação de fraudes na área, houve uma maior conscientização dos membros e da cúpula do Poder Judiciário sobre a influência da atuação na matéria de saúde, motivando uma nova mudança de paradigma e a busca por mais informações, dados, estudos e por



decisões mais consentâneas com a sistemática pública de atendimento à saúde, tendo-se como marcos a realização de audiência pública sobre o assunto perante o STF e a formação de recomendações e comissões de estudo no âmbito do CNJ, bem assim a imposição de maiores e mais detalhados critérios para a concessão de medidas de saúde postuladas judicialmente.

– Segue-se buscado o aprimoramento da atuação judicial, em matéria de saúde, com clara evolução na jurisprudência sobre o tema e na tentativa do Poder Judiciário de se colocar como ator colaborativo na concretização do direito fundamental à saúde, evitando interferir desarrazadamente no sistema administrativamente estruturado, mas também impondo a sua implementação, em casos em que se entenda que a atuação se justifica, para o aprimoramento do SUS, o que já contribuiu para melhorias do Sistema; mas ainda há muito que avançar e diversos pontos polêmicos a serem debatidos e fixados, envolvendo a eficácia imediata dos direitos sociais, a universalidade e a integralidade do sistema, a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, o embate entre medidas de prevenção e recuperação, a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da Federação e as desigualdades regionais.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Panorama da saúde pública: cenário à luz de julgados comparados**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=886](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=886)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BASSETTE, Fernanda. Droga de alto custo para tratar câncer de mama será fornecida pelo SUS. **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,droga-de-alto-custo-para-tratar-cancer-de-mama-sera-fornecida-pelo-sus,904055,0.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada: 1973 a 2006**. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

CAMARGO JÚNIOR, Kenneth R. de. **Saúde/doença, individual/coletivo: limites das intervenções**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 45, p. 46-55, abr. 2009.

DELDUQUE, Maria Célia. **A garantia da proteção da saúde pelo Judiciário**. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>

**controlador.php?acao=pagina\_visualizar& id\_pagina=140**>. Acesso em: 20 ago. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Vitor Francisco; SANTOS, Wilson da Costa (org.). **O direito e os medicamentos**: vigilância sanitária, direito do consumidor e regulamentação das práticas químico-farmacêuticas. Rio de Janeiro: Sociedade Interamericana de Vigilância Sanitária, 2011. 2 v.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 67, 2008, p. 125-172.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. **SUS**: bases conceituais, normativas e operacionais. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

GROU, Karina B. **Aids**: políticas públicas e atuação judicial – análise de um caso emblemático. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (coord.). **Publicações da Escola da AGU**: temas de direito e saúde. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153729&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153729&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista**: uma opção trágica. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Safe, 1991.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição**. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 31, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html)>. Acesso em: 19 abr. 2013.

SANTOS, Lenir. **SUS**: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

SCHEFFER, Mário. **As ações judiciais no contexto da incorporação dos antirretrovirais no Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar& id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar& id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

SILVA, João José Candido da. **Custos, orçamentos, propriedade intelectual e direito à saúde**. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?>

acao=pagina\_visualizar&id\_pagina=667>. Acesso em: 25 ago. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notas taquigráficas da Audiência Pública nº 4, de 27 de abril a 7 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

TESSLER, Marga Inge Barth. A saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 75-108.

WESTIN, Ricardo. Verba da Saúde paga almoço de preso e farda. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1409200901.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

## Notas

1. Constituição de 1824, artigo 179, inciso XXXI: “A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos” (*sic*).

2. Constituição de 1934, artigo 113, *caput*: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade [...]”.

3. Constituição de 1934, artigos 5º, XIX, *c*, e 10, II; Constituição de 1937, artigos 16, XXVII, e 18, *c* e *e*; Constituição de 1946, artigos 5º, XV, *b*, e 6º; Constituição de 1967, artigo 8º, XIV, XVII e § 2º (depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969).

4. Constituição de 1934, artigos 121, § 1º, *h*, e 138; Constituição de 1937, artigos 127 e 137, item 1; Constituição de 1946, artigo 157, XIV; Constituição de 1967, artigo 165, IX e XV.

5. CRFB/88, artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

6. Sobre a efetivação do dever do Estado com a educação mediante a garantia de atendimento ao educando, com assistência à saúde, *vide* o artigo 208 da CRFB/88.

7. A respeito do dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à saúde, inclusive mediante programas de assistência integral à saúde, *vide* o artigo 227 da CRFB/88.

8. Com efeito, a comunidade internacional já vinha dispondo, em diversos documentos, sobre o direito fundamental à saúde, como se pode ver, exemplificativamente, na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, artigos 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, artigo 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, artigos 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, artigo 10 (direito à saúde); na Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito).

9. No ponto, *vide* especialmente o Movimento de Reforma Sanitária e as Conferências Nacionais de Saúde, em especial a oitava, ocorrida pouco antes da

Constituição de 1988.

10. Especialmente do Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975, e, já em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.

11. Nesse sentido, o disposto na Constituição da OMS, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova Iorque, entre junho e julho de 1946, pelos representantes de 61 Estados, e entrou em vigor no dia 7 de abril de 1948. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/leb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/leb/who_constitution_sp.pdf)>.

12. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 67, 2008, p. 125-172.

13. O mesmo é reiterado pela legislação regulamentadora do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde, especialmente a Lei nº 8.080/1990, segundo a qual: “Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

14. DELDUQUE, Maria Célia. **A garantia da proteção da saúde pelo Judiciário**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

15. TESSLER, Marga Inge Barth. A saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 87.

16. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 67, 2008, p. 125-172.

17. Discorrendo especificamente sobre a democratização e a participação na saúde no Brasil, *vide* GUIZARDI, Francini Lube. Direito à saúde e a participação política no SUS: cenários, dispositivos e obstáculos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 583-596.

18. Lei nº 8.080/1990, artigo 2º, § 2º: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

19. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 67, 2008, p. 125-172.

20. Disposições sobre os subsistemas incluídas, respectivamente, pelas Leis nºs 9.836/1999, 10.424/2002 e 11.108/2005.

21. Disposições incluídas pela Lei nº 12.401/2011.

22. Lei nº 8.080/1990, artigo 7º: “As ações e os serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de

qualquer espécie; V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII – participação da comunidade; IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos”.

23. No mesmo sentido é o que dispõe o § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 141/2012.

24. Há quem defenda, inclusive, que, à luz do princípio da isonomia, o dever de universalidade não impediria sequer que os serviços prestados pelo SUS tivessem uma contrapartida financeira das pessoas que tivessem condições econômicas para tanto – ideia que não é desprovida de críticas e que, de toda forma, hoje, não integra o perfil do Sistema, o qual se apresenta gratuito a todos.

25. As Comissões Intergestores são “instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada no SUS” (inciso IV do artigo 2º do Decreto nº 7.508/2011). O mesmo decreto prevê o detalhamento das competências dos entes por meio de tais comissões em seus artigos 23 e 24.

26. Artigos 2º, inciso III, 9º e 10 do Decreto nº 7.508/2011.

27. *Vide* dados do Plano Nacional de Saúde de 2004 – Portaria/Ministério da Saúde nº 2.067, de 10 de dezembro de 2004.

28. Escrevendo especificamente sobre a integralidade no âmbito do SUS, SANTOS, Lenir. **SUS**: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

29. O detalhamento das ações e dos programas do SUS, inclusive no que diz com os componentes da assistência farmacêutica, podem ser encontrados nos sítios do Ministério da Saúde e da Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul na Internet: <[www.ms.gov.br](http://www.ms.gov.br)> e <[www.ses.rs.gov.br](http://www.ses.rs.gov.br)>.

30. Atual Portaria MS/GM nº 533/2012.

31. De acordo com a Portaria MS nº 4.217/2010, o valor atual alcançado é de R\$ 5,10 por habitante por ano da parte da União – Portaria 4.217/2010 – e de, no mínimo, R\$ 1,86 por habitante por ano de parte dos Estados e dos Municípios.

32. Artigo 2º, inciso VIII, do Decreto nº 7.508/2011.

33. *Vide* detalhamento da assistência oncológica no sítio do Instituto Nacional de Câncer na Internet, órgão assessor, executor e coordenador da Política Nacional de Atenção Oncológica do Ministério da Saúde, conforme Portaria GM/MS nº 2.439/2005: <[www.inca.gov.br](http://www.inca.gov.br)>.

34. Decreto nº 7.508/2011, artigo 21: “A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – Renases compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde”.

35. Nesse sentido dispõem a Constituição de 1988, em seu artigo 199, e a Lei nº 8.080/1990, em seu artigo 4º, § 2º.

36. Leia-se excerto da autora recém citada a respeito do tema:

“A universalidade assegura o acesso de todos à saúde, mas a pessoa precisa querer adentrar o SUS, uma vez que a assistência integral somente é garantida

àqueles que estão no SUS: quem optou pelo sistema privado não pode pleitear parcela da assistência pública porque ela pressupõe a integralidade da atenção, e a integralidade da atenção, por sua vez, pressupõe que o paciente está sob terapêutica pública, escolheu o sistema público.

Integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde.

A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regramentos. Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula cirurgia, fisioterapia, exames complementares a uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar ao sistema privado ao invés de um sistema público integral.

A sociedade brasileira escolheu um sistema de saúde misto: público e privado. O público, gratuito, e o privado, pago. A população tem a liberdade de escolha. E, ao fazer essa escolha, fará uma opção pelo serviço público ou pelo privado, com todas as suas consequências. Se optar pelo público, deverá observar os seus regramentos, como a regionalização dos serviços, as referências e contrarreferências, o calendário de vacinação, a porta de entrada dos serviços de acordo com o agravo à saúde e a sua complexidade, a padronização de medicamentos etc., lembrando sempre que o SUS é um sistema público aberto: quem quiser, poderá usufruir dele, mas sempre observando as suas imposições administrativas e técnicas. Poderá utilizar os serviços ou deixar de utilizá-los, livremente.” (SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012)

37. O já referido Decreto nº 7.508/2011.

38. Decreto nº 7.508/2011, artigo 28: “O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. § 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem. § 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado”.

39. Artigo 167, inciso IV, da CRFB/1988: “São vedados: [...] IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades de administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; [...]”.

40. Referida emenda reenumerou o então parágrafo único do artigo 198 da Constituição de 1988 e incluiu outros dois parágrafos em seu texto, assim ficando a redação a partir de então: “§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I,



alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que trata o § 2º; II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União”.

41. A Resolução nº 322/2003, na ausência de lei em sentido estrito, procurava fixar o que eram considerados gastos em saúde, para fins de apuração do valor mínimo previsto pela EC nº 29/2000, bem como orientar quais referências deviam ser adotadas para apuração da aplicação mínima com a saúde anualmente.

42. Trata-se da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

43. Leia-se a íntegra do dispositivo: “Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I – vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II – atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III – capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV – desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V – produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI – saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII – saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII – manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX – investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X – remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI – ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII – gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde”.

44. Vide artigo 4º da Lei Complementar nº 141/2012.

45. Artigos 34 e 35 da CRFB/88.

46. Artigo 25 da Lei Complementar nº 141/2012.

47. Artigo 26 da Lei Complementar nº 141/2012.

48. Artigos 38 e 42 da Lei Complementar nº 141/2012.

49. Artigo 27 da Lei Complementar nº 141/2012.

50. Artigo 31 da Lei Complementar nº 141/2012.

51. Artigo 36 da Lei Complementar nº 141/2012.

52. Artigo 39 da Lei Complementar nº 141/2012.

53. De acordo com reportagem da Folha de São Paulo, datada de 2009 e fundada em auditoria do Ministério da Saúde, dezesseis dos vinte e sete Estados da Federação aplicavam menos do que os 12% da arrecadação

constitucionalmente previstos em saúde (WESTIN, Ricardo. Verba da Saúde paga almoço de preso e farda – 16 Estados usaram dinheiro da saúde em outras finalidades; R\$ 3,6 bi foram desviados em 2007, valor suficiente para construir 70 hospitais. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1409200901.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2012).

54. Segundo Peter Conrad (apud CAMARGO JÚNIOR, Kenneth R. de. **Saúde/doença, individual/coletivo**: limites das intervenções. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012), a medicalização consiste em um “processo pelo qual problemas não médicos se tornam definidos e tratados como problemas médicos, usualmente em termos de doenças e desordens”. Pincelando o assunto e trazendo dados sobre o risco das intervenções de saúde inadequadas, *vide* SILVA, João José Candido da. **Custos, orçamentos, propriedade intelectual e direito à saúde**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=667](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=667)>. Acesso em: 25 ago. 2012.

55. Sobre o tema, por todos, em atenção à função que tais autores tiveram na modificação da doutrina e da jurisprudência brasileiras no ponto, *vide* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Safe, 1991.

56. Especificamente sobre a judicialização da questões do coquetel para tratamento de Aids/Sida, *vide* GROU, Karina B. **Aids**: políticas públicas e atuação judicial – análise de um caso emblemático. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012; e SCHEFFER, Mário. **As ações judiciais no contexto da incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

57. Lei nº 9.313/1996: “Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. [...] Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento [...]”.

58. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, julgado em 12.09.2000.

59. A reserva do possível, em linhas gerais, diz com a limitação da exigência de prestações, em face do Estado (*lato sensu*), por força de suas limitações de recursos e orçamento. A rejeição de sua aplicação, no caso, dá-se em atenção à doutrina constitucionalista majoritária, que defende não ser possível a invocação de questões orçamentárias em face da garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais, em que se compreendem as medidas para garantia da vida e da saúde do indivíduo.

60. Aplicação do famoso ditado processual de que “o que não está nos autos, não está no mundo”.

61. Reportagem de Luiza de Carvalho publicada no Valor Online de 16 de agosto de 2007, referida em AMARAL, Gustavo. **Panorama da Saúde Pública**: cenário à luz de julgados comparados. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=886](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=886)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

62. Como refere Lenir Santos (*in* SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012), a consagração do direito fundamental à saúde “não autoriza interpretação de que todos têm irrestrito direito a tudo na saúde. [...] Entender a saúde pública como

um serviço que assegura serviços *lato sensu*, sem nenhuma regulamentação, planejamento, previsão dos recursos financeiros, epidemiologia, é um despropósito e uma utopia que poderá levar a sua falência”.

63. Sobre o tema, pode-se citar, exemplificativamente, a chamada “Operação Garra Rufa”, deflagrada em São Paulo contra fraudes relacionadas a pleitos judiciais de fornecimento de remédios para tratamento de psoríase (*vide* as explicações de Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo do Estado de São Paulo, sobre o caso, prestadas na Audiência Pública nº 4/2009 do Supremo Tribunal Federal, disponíveis em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr\\_Alexandre\\_Sampaio\\_Zakir.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Alexandre_Sampaio_Zakir.pdf)>).

64. A coletânea de manifestações verbalizadas em tal audiência pública pode ser acessada no sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notas taquigráficas da Audiência Pública nº 4, de 27 de abril a 7 de maio de 2009.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

65. Critérios adotados pelo próprio Gilmar Mendes no julgamento a seguir feito nas seguintes suspensões de tutela antecipada e de segurança: STA nº 198/MG, STA nº 221/RN, STA nº 243/AL, STA nº 245/RS, STA nº 260/SC, STA nº 268/RS, STA nº 278/AL, STA nº 282/SC, STA nº 316/SC, STA nº 175/CE, SS nº 3690/CE, SS nº 3691/CE, SS nº 3724/CE, SS nº 3741/CE, SS nº 3748/SP, SS nº 3749/SP, SS nº 3750/SP, SS nº 3751/SP.

66. Vedação que já figurava no artigo 12 da Lei nº 6.360/1976 e que passou a ser expressamente prevista na Lei nº 8.080/1990 mediante a inclusão do capítulo sobre incorporação de novas tecnologias ao SUS (artigo 19-T).

67. STA nº 175.

68. Formação pela Portaria nº 650/2009.

69. Portaria nº 91/2010.

70. Artigo 1º da Resolução nº 107/2010.

71. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>>.

72. § 2º do artigo 19-Q da Lei nº 8.080/1990.

73. Note-se que o medicamento Rituximabe era o sétimo mais demandado na via judicial, conforme notícia de O Estado de São Paulo de 23 de julho de 2012 (BASSETE, Fernanda. Droga de alto custo para tratar câncer de mama será fornecida pelo SUS. **O Estado de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,droga-de-alto-custo-para-tratar-cancer-de-mama-sera-fornecidapelo-sus-,904055,0.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2013).

74. Sobre o tema, veja-se o que coloca Neymark (*apud* GADELHA, Maria Inez Pordeus. **SUS**: bases conceituais, normativas e operacionais. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012): “Em relação ao desejo dos seres humanos de satisfazer as suas necessidades, os recursos em qualquer sociedade, mesmo as mais ricas, são finitos. Uma vez que esses recursos não podem ser utilizados para diferentes ações ao mesmo tempo, é necessário ESCOLHER entre os usos possíveis para eles. Mas, no uso de uma certa parcela de recursos para uma ação particular, há de se escolher, ao mesmo tempo, que necessidades serão atendidas e que outras não o serão. O conceito central de custo implica, assim, o de que a OPORTUNIDADE DO CUSTO de uma ação é a utilidade ou satisfação que poderia ser obtida pelo emprego dos mesmos recursos em outras ações ou propósitos”.

75. *Vide* também HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista**: uma opção trágica. Disponível em

<[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=140](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=140)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

76. GADELHA, Maria Inez Pordeus. **SUS**: bases conceituais, normativas e operacionais. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=445](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=445)>. Acesso em: 20 ago. 2012.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

BINS, Denise Dias de Castro. Panorama do direito constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise\\_Bins.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise_Bins.html)> Acesso em: 18 dez. 2013.